

BEATRIZ TUDE DE SOUZA REIS

**BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR:
análise quanto à penhorabilidade**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Professor Luís Antônio Winckler
Annes

BRASÍLIA

2011

“A mais premente necessidade do ser humano
é a de ser humano”

(Clarisse Lispector)

Dedico ao meu noivo, Jonatan Hörlle Schaefer, por compartilhar os meus sonhos e ajudar a concretizá-los; aos meus pais, Suzete Gomes Tude de Souza e Flávio Alves dos Reis, pelo amor desde os primeiros passos e pela oportunidade de andar por essa estrada; ao meu padrinho, Jaime Joubert Ferreira e à minha irmã, Barbara de Souza Ferreira, pela dedicação e apoio; aos meus amigos, por tornarem meus dias mais alegres.

Agradeço a Deus por guiar minha vida permitindo que os desafios do percurso tenham moldado quem sou hoje e por transformá-los nas brilhantes conquistas do amanhã; ao professor Luís Antônio Winckler Annes pela excelência de sua orientação e pela inestimável contribuição ao meu primeiro passo na carreira jurídica.

RESUMO

O enfoque da pesquisa está na controvérsia quanto à penhorabilidade ou não do bem imóvel único que serve de residência ao fiador. Para tanto, trata da evolução da proteção ao bem de família, bem como do conceito de locação imobiliária urbana, suas garantias locatícias e princípios contratuais relevantes. É também realizado o exame dos fundamentos constitucionais, com especial análise acerca da constitucionalização do Direito Civil e da Emenda Constitucional 26/2000. É abordada a Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo e o dissenso jurisprudencial relativo ao tema. Por fim, buscam-se possíveis soluções para o impasse, visto que há formas de estabelecer políticas públicas adequadas ao mercado das locações imobiliárias que não irão contrariar preceitos constitucionais fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Constitucionalização; Direito à Moradia; Locação; Penhorabilidade; Bem de família; Fiador.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 BEM DE FAMÍLIA | 10 |
| 1.1 Evolução da proteção ao bem de família | 10 |
| 1.2 O bem de família no Direito Brasileiro | 11 |
| 1.3 Classificação do bem de família | 14 |
| 2 LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA URBANA | 19 |
| 2.1 Conceito | 19 |
| 2.2 Garantias locatícias | 20 |
| 2.3 Princípios contratuais | 26 |
| 3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS..... | 31 |
| 3.1 Constitucionalização do Direito Civil | 31 |
| 3.2 Princípios constitucionais | 32 |
| 3.3 Emenda Constitucional 26/2000 | 35 |
| 4 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR | 39 |
| 4.1 Teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo | 39 |
| 4.2 Dissenso jurisprudencial | 41 |
| 4.3 Análise sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador | 45 |
| CONCLUSÃO | 52 |
| REFERÊNCIAS | 55 |

INTRODUÇÃO

A presente monografia traz reflexões acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador, por meio da abordagem de diversos aspectos que permeiam a problemática apresentada.

O ponto principal do surgimento da controvérsia quanto à penhorabilidade ou não do bem imóvel único que serve de residência ao fiador, em verdade, tem raízes no confronto de interesses dos credores que buscam proteger os respectivos créditos, proporcionando maior segurança e estabilidade ao mercado financeiro; e, do lado oposto da controvérsia, o interesse social em resguardo ao cidadão comum e a princípios constitucionais.

Embora deva ser protegido o justo direito ao crédito, pois, sem esta proteção, haveria a desestabilidade do mercado financeiro (em especial dos contratos de locação, nos quais a fiança é geralmente utilizada), fato capaz de produzir impacto inclusive sobre o cidadão comum, o qual seria atingido pela impossibilidade de alugar ou, ainda, de fazê-lo por um preço elevado, há que se levar em consideração se tal proteção possui relevância social capaz de violar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos dele provenientes.

Dessa forma, o tema trata de aspectos constitucionais de grande importância e destaca-se pela relevância social, posto que trata da locação, relação jurídica frequente na sociedade. Ademais, a questão aventada é polêmica, visto que há grande divergência jurisprudencial e doutrinária.

A presente tese utiliza-se de pesquisa bibliográfica. Além disso, também realiza cotejo entre diversos precedentes jurisprudenciais, com a finalidade de debater as teses apresentadas e demonstrar que o tema ainda não é pacífico, apresentando tanto os aspectos favoráveis à penhora do bem de família do fiador, quanto contrários a esse posicionamento.

No entanto, há que se caracterizar o fator tempo enquanto limitante da profundidade da pesquisa. Ademais, a constante discussão acerca do tema também foi limitadora, posto que não permitiu uma solução definitiva para o dissídio.

Para tanto, o trabalho inicia com a abordagem da evolução da proteção dada ao bem de família, especialmente na codificação brasileira, e seu principal efeito, qual seja, a impenhorabilidade. Essa proteção é justificada pela relevância social que possui a família, entidade que goza de proteção constitucional, visto que é o cerne da sociedade e é nela que se dá o desenvolvimento e a completa formação do indivíduo dentro de um contexto social.

Como consequência, surge a Lei 8.009/90, que versa sobre a impenhorabilidade do bem de família, assegurando essa proteção. No entanto, seu artigo 3º, inciso VII (acrescentado pelo artigo 82 da Lei 8.245/91) estabelece ao bem de família do fiador uma exceção a essa impenhorabilidade.

Ainda no primeiro capítulo, é abordada a classificação do bem de família, podendo ele ser voluntário ou legal.

O segundo capítulo trata da locação imobiliária urbana. Para tanto, inicialmente é abordado o conceito do tema e o assunto evolui com a classificação das garantias locatícias e distinção entre elas. Por fim, são trazidos os princípios contratuais que devem ser respeitados para que não haja desequilíbrio entre fiador e afiançado.

O terceiro capítulo examina a fundamentação constitucional que permeia o tema em tela. Para tanto, aborda a constitucionalização do Direito Civil, que ocorreu com o surgimento do *Welfare State*, trata dos princípios constitucionais inerentes ao assunto e faz especial análise acerca da Emenda Constitucional 26/2000.

O último capítulo aborda a teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo e traz dissenso jurisprudencial resultante do tema, citando argumentos de julgados relevantes tanto

com abordagens favoráveis à penhorabilidade do bem de família, quanto contrárias, com a finalidade de realizar um cotejo entre as ideias apresentadas. Por fim, é realizada análise acerca do tema.

Na conclusão, são apresentadas possíveis soluções para o impasse, visto que há formas de estabelecer políticas públicas adequadas ao mercado das locações imobiliárias que não irão contrariar preceitos constitucionais fundamentais.

1. BEM DE FAMÍLIA

1.1. Evolução da proteção ao bem de família

Embora ainda não existisse o instituto do bem de família propriamente dito, o seu conceito já era delineado de forma tênue desde o Direito Romano por meio da proteção aos bens herdados dos antepassados, cuja venda era considerada uma desonra, visto que tais bens eram sagrados e, portanto, possuíam o caráter da inalienabilidade.

Já em tempos mais recentes, grave crise financeira assolou os Estados Unidos no século XIX, mais especificamente entre 1837 e 1839, resultado de atividade especulativa excessiva, decorrente da facilidade do acesso ao crédito propiciada pelos bancos europeus que, conforme Marcione Pereira dos Santos, “enxergavam no Novo Mundo a possibilidade de maiores lucros”¹. Consequentemente, o lastro econômico tornou-se insuficiente para sustentar o endividamento resultante, o que acarretou a quebra da economia norte-americana.

Isso repercutiu no patrimônio dos pequenos proprietários que, na impossibilidade satisfazer seus credores, precisaram penhorar suas propriedades, o que deixou inúmeras famílias desabrigadas.

Assim, a antiga República do Texas, logo após a sua separação do território mexicano, recebeu grande número de imigrantes americanos que buscavam melhor qualidade de vida, por meio de abrigo econômico e financeiro, tendo em vista que o governo texano oferecia grandes vantagens e garantias.²

¹ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 04.

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

O novo ambiente gerado era avesso às atividades especulativas, o que propiciava o surgimento de legislação que resguardasse a família, ainda que em prejuízo do interesse dos credores, de forma a evitar a falência do próprio Estado, como afirma Marcione.³

Dessa forma, antes mesmo da incorporação da província texana aos Estados Unidos, surgiu o *homestead*, ou seja, pequena propriedade agrícola e residencial destinada à proteção da família com relação a esses abalos financeiros e econômicos, deixando-a, inclusive, a salvo das execuções por dívidas e garantindo, portanto, o mínimo necessário à sobrevivência.

Com a finalidade de evitar que a experiência americana se reproduzisse, de fixar o homem à terra, assim como de impulsionar o desenvolvimento da região, foi promulgada, em 26 de janeiro de 1839, a lei *Homestead Exemption Act* que tornava impenhorável a propriedade familiar do agricultor (bem imóvel), bem como os instrumentos (bens móveis) necessários à subsistência familiar, garantindo, portanto, uma vida digna à família.⁴

Marcione Pereira dos Santos⁵, portanto, afirma que o instituto do bem de família foi originado na República do Texas e, como consequência de seu valor social fundamentado na proteção à família, *celula mater* da sociedade, foi acolhido nos demais Estados norte-americanos e, posteriormente, pelas legislações ocidentais.

1.2. O bem de família no Direito Brasileiro

A inserção do bem de família na legislação nacional, no entanto, não ocorreu de maneira direta. Houve vários projetos de lei que resultaram em intenso debate sobre o tema. O precursor desses debates foi o Projeto Leovigildo Filgueiras, de 1893.⁶

³ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família:** voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p.05-06.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25-29.

⁵ SANTOS, Marcione Pereira dos, *op. cit.*, p.07.

⁶ *Ibidem*, p.49.

O bem de família foi regulamentado efetivamente no Direito Brasileiro apenas a partir do Código Civil de 1916. Inicialmente, esse instituto foi disposto na Parte Geral, no Livro I – Das Pessoas, sendo que, após repreensão de Justiniano de Serpa, senador à época da elaboração desse código, foi transferido para o Livro II – Dos Bens. Como esse instituto possui como principais efeitos a impenhorabilidade e inalienabilidade do objeto sobre o qual incide, sua alocação no Livro II do Código Civil de 1916 demonstrava a clara intenção do legislador de proteger esse aspecto material. No entanto, tal relação jurídica seria mais bem elencada na Parte Especial, juntamente com o Livro de Família, visto que possui o fim de proteção familiar principalmente contra eventuais imprevistos econômicos.^{7 8}

Outro ponto que foi muito criticado com a inserção da proteção ao bem de família no Código Civil de 1916 foi que, para que esse instituto produzisse o efeito de impenhorabilidade, havia a exigência da inscrição no Registro de Imóveis. No entanto, a partir de tal registro, também ocorria o efeito da inalienabilidade. Ou seja, isso resultava em imobilidade patrimonial: para ter seu bem de família protegido, o proprietário não poderia ter, sobre ele, livre disposição.⁹

Dessa forma, fica claro que o instituto do bem de família não foi bem estruturado no Código Civil de 1916 e, portanto, não produziu os resultados esperados. Como havia muitas lacunas no referido código, surgiram várias leis para disciplinar a regulamentação do tema em tela.

A Constituição Federal de 1988¹⁰, por sua vez, estabeleceu direitos fundamentais para assegurar a concretização do objetivo de justiça social, por meio do qual se busca a

⁷ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p.59.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 90.

⁹ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

erradicação das desigualdades existentes na sociedade. Esses direitos basilares consistem em direitos subjetivos considerados o mínimo essencial para que o indivíduo inserido na coletividade possa sobreviver com dignidade aceitável e, muitos deles, portanto, constituem os pilares do instituto do bem de família.¹¹

Em 29 de março de 1990, foi promulgada a Lei 8.009/90¹², que trata da impenhorabilidade do bem de família. Em seu artigo 3º, a citada lei estabelece algumas exceções à oponibilidade ao bem de família, que visam a dar proteção à ordem econômica, penal, ou, à ordem pessoal. Elas, de certa forma, têm um apelo social, como, por exemplo, quando versa o processo de execução sobre de créditos trabalhistas da própria residência; crédito de pensão alimentícia. Todavia, a última dessas exceções, prevista no inciso VII, alterado pelo artigo 82 da Lei 8.245/91¹³, trata de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, fato que resulta desequilíbrio em diversos aspectos jurídicos e sociais.

Em determinados pontos, a interpretação literal dessa lei leva-nos a uma aceção irreal do que realmente se deseja alcançar, como é o caso do desequilíbrio proporcionado pela possibilidade da penhora do bem de família do fiador. A lei é deficiente e, por conseguinte, não pode ser interpretada em seu sentido restrito, uma vez que gera conseqüências equivocadas e, muitas vezes, desastrosas, por não resguardar uma natureza justa para todos, desviando-se da função social, com a qual deveria ser condizente e com a qual deveria estar comprometida de forma integral.

Já o Código Civil de 2002¹⁴, com o objetivo de propiciar ao bem de família a efetividade que não fora alcançada no Código Civil anterior, evidenciou a proteção a esse

¹¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 53.

¹² BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. DOU de 30/03/1990.

¹³ *Idem*. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. DOU de 21/10/1991.

¹⁴ *Idem*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. DOU de 11/01/2002.

instituto, inserindo-o adequadamente no Livro de Direito de Família, visto que esta é o cerne da sociedade e é nela que se dá o desenvolvimento e a completa formação do indivíduo dentro de um contexto social.

É importante salientar que esse código também trouxe novos princípios contratuais. Estes não revogam os princípios anteriormente previstos, mas os limitam, com o objetivo de garantir a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais.¹⁵

1.3. Classificação do bem de família

O bem de família é classificado doutrinariamente conforme sua constituição. Dessa forma, ele subdivide-se em voluntário, que está elencado nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil e legal, que é o disposto na Lei 8.009/90.

O bem de família voluntário, também chamado de bem facultativo ou convencional, é assim conhecido pois, para ser constituído, depende da vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, conforme disposição do artigo 1711 do Código Civil. A manifestação da vontade será feita por meio de escritura pública ou testamento, o que dará eficácia *erga omnes*.

Eliane Aina¹⁶ esclarece que, a partir da manifestação de vontade expressa, o bem fica protegido das execuções por dívidas e torna-se, portanto, impenhorável.

Álvaro Villaça Azevedo elaborou um conceito de bem de família à luz do Código Civil de 1916, como sendo este “um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala, domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.¹⁷

¹⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 29 out. 2010.

¹⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 06.

¹⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 93.

Marcione Pereira dos Santos¹⁸ explana que, nos conceitos formulados em conformidade com o Código Civil de 1916, é possível indicar elementos característicos do instituto, que, no entanto, não estariam em desacordo com o Código Civil vigente, mas essa definição é incompleta, de modo que não satisfaz plenamente.

Enquanto, à luz do Código Civil de 1916, o bem de família podia ser entendido como sendo um “bem imóvel, urbano ou rural, destinado à proteção da residência da família, mediante a garantia de que não sofreria penhora por dívidas, salvo as exceções legais, nem seria alienado”¹⁹, no Código Civil de 2002, esse conceito foi ampliado ao permitir o seu alcance sobre valores mobiliários, formando uma espécie de fundo patrimonial.

Há grande divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do bem de família voluntário. Dessa forma, Arnaldo Marmitt²⁰ ressalta que a idéia fundamental decorrente da natureza do instituto é a proteção à família e essa concepção deve prevalecer à controvérsia existente sobre a natureza jurídica da entidade.

O bem de família legal, por sua vez, é também chamado de involuntário ou obrigatório. Ele teve origem na Medida Provisória 143 de 08 de março de 1990, editada pelo Ministro da Justiça do governo de José Sarney, Saulo Ramos. Em uma época em que a inflação ficava próxima aos 100% ao mês, a elaboração dessa medida provisória simbolizava o reconhecimento, por parte do Estado, do fracasso da tentativa de reestruturação econômica do país.²¹

Essa medida provisória foi convertida na Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal. Este teve seu conceito claramente estruturado a partir do artigo primeiro da referida lei:

¹⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 74.

¹⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁰ MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 19.

²¹ GONÇALVES, Carlos. **Impenhorabilidade do bem de família**: Lei 8.009/90 – desconstituição das penhoras anteriores. Porto Alegre: Síntese, 1992. p. 19.

Art. 1º. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A lei, portanto, coloca como objeto da impenhorabilidade o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar. O artigo 226 da Constituição Federal elenca tipos de entidades familiares que, no entanto, não são taxativos.

Paulo Netto Lobo²² considera como entidades familiares aquelas que preencham os requisitos da afinidade, ou seja, a presença de laços familiares, da estabilidade, que pressupõe comunhão de vida e da ostentabilidade, que implica que a unidade familiar seja publicamente vista como tal.

A Constituição Federal de 1988, ao eliminar cláusula prevista nas Constituições anteriores, que apenas aceitava como entidade familiar aquela que fosse constituída por meio do casamento, adotou um conceito inclusivo, que não se encerra em *numerus clausus*.²³

O Superior Tribunal de Justiça, para reforçar esse conceito amplo, procura conformar a aplicação da Lei 8.009/90 aos princípios constitucionais. Dessa forma, para atingir os fins sociais da lei, chega a incluir até mesmo pessoas solteiras entre entidades familiares. Nessas decisões, prepondera, portanto, a tutela das pessoas, visto que elas necessitam da moradia para atingir a dignidade humana, tendo o mínimo necessário à sobrevivência.²⁴

²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p. 44-54, jan./mar. 2002.

²³ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴ *Ibidem*, loc. cit.

Em sede de recurso especial, o Ministro Relator Gilson Dipp afirma em seu voto que é necessário realizar uma interpretação teleológica tanto do artigo primeiro da Lei 8.009/90 quanto do artigo 226 da Constituição Federal como maneira de incluir as diversas formas de constituição familiar existentes na sociedade na proteção que goza a entidade familiar. Para ressaltar, segue, abaixo, trecho do voto em tela:

[...] no que pertine ao conceito de entidade familiar, note-se que a interpretação teleológica conduz ao inarredável entendimento de que a disposição dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, §4º, inclui as diferentes modalidades de constituição familiar espelhadas pela sociedade, não se podendo olvidar a proteção legal ao núcleo familiar constituído pela pessoa solteira, separada, viúva, etc, ainda que, excepcionalmente, vivam sozinhas. Com efeito, não soa razoável o juízo de que, instantaneamente, por exemplo, em razão de óbito ou de separação do casal, ou do afastamento do filho que residia com os pais, o que antes constituía uma entidade familiar, passe a não mais suprir este conceito. Na hipótese, a interpretação do art. 1º da Lei 8.009/90 há que ser deduzida com prevalência de sua finalidade social, exegese que deve se sobrepor a mera interpretação literal de seus dispositivos. [...] ²⁵

É também importante ressaltar que a Lei 8.009/90 não revogou a impenhorabilidade do bem de família prevista no Código Civil (a voluntária). Essas duas classificações do bem de família passaram a coexistir.

Ao contrário do bem de família voluntário, a constituição do bem de família legal não é feita por meio da manifesta vontade de seu proprietário, mas sim prevista por meio de norma de ordem pública, e, portanto, de natureza cogente, tendo o Estado como instituidor.²⁶ Dessa forma, Álvaro Azevedo elucida que “o instituidor é o próprio Estado, que impõe o bem de família, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar”.²⁷

Outra diferença fundamental entre os institutos reside no fato de que o voluntário produz os efeitos da impenhorabilidade e da inalienabilidade, enquanto o legal resulta apenas na impenhorabilidade do bem de família. Isso representa uma evolução relevante para o direito pátrio, visto que, conforme mencionado, a inalienabilidade gera como consequência

25 STJ, Quinta Turma, **RESP 205.170/SP**, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 07/12/1999, DJ 07/02/2000.

²⁶ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 158.

²⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

restrição patrimonial ao proprietário, na medida em que limita sua liberdade negocial, como afirma Marcione Pereira dos Santos²⁸, o que tornava o bem de família pouco utilizado na prática.

Dessa forma, é necessário salientar que a criação do bem de família legal garantiu a expansão da proteção oferecida por esse instituto a um maior número de famílias.

²⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 159.

2. LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA URBANA

2.1. Conceito

A locação imobiliária urbana é regida pela Lei 8.245/91, mais conhecida como Lei do Inquilinato. Essa lei foi elaborada, como relata Sílvio Venosa²⁹, em face da difícil situação pela qual passava o mercado imobiliário à época. Com crescimento populacional dos centros urbanos, surgiram diversos problemas sociais. Em meio a eles, havia a dificuldade de moradia, em decorrência da baixa quantidade de oferta, visto que a construção civil estava em crise, e do excesso de procura, o que resultava em desequilíbrio de preço e escassez de moradia.

No Brasil, a primeira lei acerca do tema foi editada em 1942. A ela sucederam outros textos legais que, por vezes, tinham como objetivo a proteção do locador e, em outros momentos, tinham a finalidade de amparo ao locatário. A Lei 8.245/91 surgiu, portanto, para reestruturar a legislação locacional existente, buscando equilibrar a relação entre locador e locatário, preservando a autonomia de ambos na celebração dos contratos.³⁰

Assim sendo, a locação de imóvel urbano, de maneira geral, pode ser conceituada como o contrato no qual o locador fornece ao locatário, mediante remuneração paga por este, o gozo e uso de imóvel destinado à habitação, à atividade empresarial ou à temporada, durante certo tempo.³¹

Para ser caracterizado como imóvel urbano, deve ser analisada a destinação do bem e não a localização deste. Dessa forma, o imóvel será regido pela Lei do Inquilinato ainda que

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato comentada**. Doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 09.

30 SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação de imóvel urbano: direito e processo**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999. p. 15 – 17.

31 DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada: Lei n. 8.245, de 18-10-1991**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 03.

esteja localizado em área rural, se a sua destinação for relacionada à habitação ou ao comércio.³²

Uma mudança que essa lei trouxe com relação às legislações anteriores sobre esse tema é que atualmente trata-se de “imóvel” e não “prédio”, termo que era usado anteriormente. Dessa forma, Maria Helena Diniz³³ destaca que a nomenclatura atual é mais ampla e compreende tanto a edificação em si, como o terreno.

2.2. Garantias locatícias

Para a realização do contrato de locação, o locador, com vistas a se proteger do inadimplemento, pode exigir do locatário algumas modalidades de garantia, expressas no artigo 37 da Lei 8.245/91, quais sejam: caução, seguro de fiança locatícia, cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento e fiança.

Na prática, conseqüentemente, o nascimento do contrato de locação está condicionado à existência de alguma dessas garantias. É necessário destacar, no entanto, que o referido artigo, em seu parágrafo único, limita a apenas uma das modalidades de garantia por contrato de locação.³⁴

A caução, uma das modalidades de garantias locatícias, é um negócio jurídico que confere ao credor a garantia do adimplemento da obrigação, ainda que o devedor não possua patrimônio suficiente para tanto. Existem três espécies de caução: a legal, a processual e a convencional. Esta, por sua vez, subdivide-se em caução real e fidejussória.³⁵

A caução legal é, como o próprio nome já diz, estabelecida pelo legislador quando este institui as regras de direito. A processual, por sua vez, consiste na tutela de segurança típica

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 146.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada: Lei n. 8.245, de 18-10-1991**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato comentada**. Doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 179-181.

³⁵ BARROS, Francisco Carlos Rocha. **Comentários à Lei do Inquilinato**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 38.

do processo cautelar, uma vez que é necessária ou conveniente para garantir a função do processo frente ao *periculum in mora*.

Já a caução convencional é a pactuada pelas partes. Ela pode ser uma caução real, quando a garantia dada pelo devedor recai sobre um bem determinado, ou fidejussória, que ocorre no momento em que um terceiro, estranho à relação jurídica, assume a responsabilidade pelo débito, em caso de inadimplemento da obrigação. A primeira abrange os institutos da hipoteca, do penhor e da anticrese, enquanto que a segunda, também conhecida como caução pessoal, é representada pela fiança.³⁶

A Lei do Inquilinato trata apenas da caução real, elencada em seu artigo 38 que permite que a caução recaia sobre bens móveis e imóveis, de forma contrária à legislação anterior, que só permitia caução em pecúnia.

É possível ressaltar o entendimento de Maria Helena Diniz acerca da caução real:

A ideia de caução real liga-se ao patrimônio ou aos bens do próprio devedor ou de outrem. Esta caução se dará quando o próprio devedor ou alguém por ele, destina todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída. Se incidir sobre bem móvel do locatário, ter-se-á penhor, se recair sobre bem imóvel seu, configurar-se-á hipoteca.³⁷

É necessário ressaltar que essas cauções geram apenas efeitos *inter partes*, sendo necessário o registro no Cartório de Títulos e Documentos, no caso de bens móveis, ou o registro imobiliário, no caso de bens imóveis, para que gerem efeito *erga omnes*.

Outra forma de garantia locatícia é o seguro fiança-locatícia, que apesar de pouco utilizado pelo mercado imobiliário, foi criado com o objetivo de facilitar o aluguel de imóveis por parte dos inquilinos que não possuíam patrimônio suficiente para caucionar o

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 503.

³⁷ *Ibidem*, p. 154.

adimplemento de sua obrigação e que também não possuíam vínculos de fidúcia com pessoas em condições de prestar fiança.³⁸

O seguro fiança corresponde ao pagamento à seguradora de uma taxa mensal ou anual que garanta ao locador o adimplemento da obrigação e indenização na hipótese de eventuais prejuízos.

Embora seja a de garantia locatícia mais benéfica, sua utilização ainda é restrita devido ao pouco esclarecimento dado aos interessados, bem como pela burocracia na contratação do seguro-fiança e custo elevado.

Com o advento da Lei 11.196/2005³⁹, surgiu nova modalidade de garantia, a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento ou de título de capitalização. Por meio dessa lei, as instituições subordinadas à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que administram carteira de títulos e valores mobiliários passam a ter permissão para formar fundos de investimento, cujas quotas serão cedidas fiduciariamente ao locador, no caso do inadimplemento das obrigações estabelecidas no contrato de locação.⁴⁰

No caso da mora do locatário, o locador poderá acionar o administrador do fundo, que irá transferir em caráter pleno, exclusivo e irrevogável as quotas necessárias para saldar a dívida. Se, no entanto, a garantia for menor que a dívida, poderá ser demandado o valor remanescente por meio de ação de cobrança, sem prejuízo da ação de despejo.⁴¹

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

³⁹ BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. **Altera a Lei nº 8.245/1991 e dá outras providências**. DOU de 22/11/2005.

⁴⁰ ALCANTARA, Diana; KIM, Felipe. **Fundos de investimento para garantia de locação imobiliária**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=26457>. Acesso em: 02 mar. 2011.

⁴¹ *Ibidem, loc. cit.*

É mister ressaltar que as quotas ficam inalienáveis, indisponíveis e impenhoráveis enquanto perdurar a relação de locação.⁴²

A cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento não é muito utilizada, visto que depende do complexo sistema do mercado acionário, além do fato de que possuir fundo de investimento não é realidade comum da maior parcela dos locatários.⁴³

Já a fiança é a forma de garantia locatícia mais utilizada. Ela é uma forma de caução, mas é destacada das demais, já que é um contrato típico e, portanto, possui seus princípios claros, o que não ocorre com a caução.⁴⁴

É essencial esclarecer que o contrato de fiança é realizado entre o fiador e o credor da obrigação. O artigo 820 do Código Civil ainda ressalta que esse contrato poderá ser realizado sem o consentimento do devedor ou, até mesmo, contra sua vontade.

Ainda o Código Civil, em seu artigo 818, estabelece que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Dessa forma, a fiança caracteriza-se como sendo uma garantia pessoal ou fidejussória, na qual um terceiro assegura o cumprimento das obrigações do locatário. Nesse tipo de contrato, são dissociados dois característicos elementos das obrigações, o débito e a responsabilidade, visto que, no caso, o fiador adquire apenas a responsabilidade, enquanto o débito permanece com o afiançado.⁴⁵

⁴² PARENTE NETO, Edison. **Novas e alternativas formas de garantia locatícia**. Disponível em: <<http://www.portalemfoco.com.br/artigos.php?pag=artigo&artigoid=1056>>. Acesso em: 02 mar. 2011.

⁴³ SIMÕES, Geraldo Beire. **Fiador de plástico?** Disponível em: <<http://www.mercadantesimoes.com.br/fiadordeplastico.asp>>. Acesso em: 02 mar. 2011.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato comentada**. Doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 182-183.

⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

Trata-se a fiança de uma típica obrigação de garantia, que visa a eliminar um risco que possa recair sobre o credor e consiste, portanto, em obrigação acessória ao contrato principal, qual seja o contrato de locação.⁴⁶

Destarte, sendo a fiança uma obrigação acessória, é cediço que há uma obrigação principal, da qual é garantia. Portanto, a acessoriedade do contrato de fiança impede que suas obrigações sejam mais gravosas que aquelas atribuídas ao contrato principal de locação.^{47 48}

Assim, Washington de Barros Monteiro explana acerca dos limites da fiança: “o fiador não pode dever mais do que o afiançado, quer em relação à quantidade, quer em relação ao tempo, quer em relação ao lugar, quer em relação às condições, quer em relação ao modo”.⁴⁹

Outra característica de elevada importância é a adesividade do pacto acessório da fiança. Conquanto seja o contrato de locação entre o locador e o locatário um acordo paritário, ambos podem estipular os termos do acordo. No entanto, não ocorre o mesmo com o pacto acessório de fiança.⁵⁰

A locação, apesar de poder se dar de forma oral, geralmente é feita por escrito nos termos acordados; já a fiança é realizada por meio de documento padronizado com cláusulas indiscutíveis – daí o caráter de contrato por adesão – que deve ser aceito pelo fiador causando,

46 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato comentada**. Doutrina e prática. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 182-183.

47 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 376.

48 GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Os tribunais superiores e a penhorabilidade do bem de família quanto ao fiador locatício. **Revista da Esmese**, Sergipe, n. 10, p. 54, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22174/tribunais_superiores_penhorabilidade_bem.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 abr. 2009.

49 MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit.*, p. 361.

50 ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

do contrário, prejuízo ao locatário que carece do fiador para estabelecer o contrato de locação.⁵¹

É de conhecimento comum que tanto nos contratos de adesão (quando praticamente obrigatórios ao aderente, como ocorre nos casos de companhias de luz e água), quanto nos contratos por adesão (quando já padronizado o texto, não permitindo alteração ao aderente, que somente aceita todo o contrato em bloco, ou o recusa integralmente), não pode conter cláusulas onerosas implícitas no texto.⁵²

No entanto, situações gravosas são incutidas de forma não muito clara no contrato de fiança e, embora não seja dado a ninguém desconhecer a lei, na prática, tais situações geram posterior dano inesperado àqueles que assinam o pacto acessório de fiança. Podem-se citar a renúncia ao benefício de ordem (pela qual pode-se cobrar a dívida inteiramente do fiador, sem mesmo realizar cobrança prévia do devedor) e a disponibilidade do bem imóvel único do fiador.⁵³

Estabelecida a adesividade da fiança, justa seria a aplicação das mesmas exigências dos demais contratos por adesão, nos quais quaisquer aspectos gravosos ao signatário devam ser expressos no contrato para que os riscos decorrentes da assinatura fiquem explícitos à parte aderente.

A penhorabilidade do bem de família do fiador pode, por vezes, servir de instrumento importante ao locador, já que mantém a utilidade e eficácia da garantia representada pela

⁵¹ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

⁵² *Ibidem*, loc. cit.

⁵³ *Ibidem*, loc. cit.

fiança. No entanto, há diversos aspectos negativos, em especial, o fato de ela proteger excessivamente o devedor inadimplente em prejuízo do fiador, normalmente de boa fé.⁵⁴

2.3. Princípios contratuais

Para que ocorra a celebração contratual, como no caso do contrato de locação, é necessário que os princípios estabelecidos no Código Civil sejam seguidos.

Conforme classificação de Rodolfo Pamplona Filho⁵⁵, esses princípios contratuais subdividem-se em tradicionais individuais e sociais. Estes, por sua vez, não afrontam aqueles, mas os limitam, em decorrência da preponderância do interesse público sobre o particular.

O primeiro dentre os princípios contratuais tradicionais individuais é o princípio da autonomia da vontade, também chamado de princípio da liberdade contratual. Maria Helena Diniz conceitua esse princípio como sendo o “poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”⁵⁶

Carlos Roberto Gonçalves⁵⁷ explana que esse princípio envolve a opção da realização ou não do contrato, bem como a escolha de com quem esse contrato será realizado e no direito de estabelecer o conteúdo do contrato.

O artigo 421 do Código Civil limita esse princípio à função social do contrato. Dessa forma, a liberdade de contratar precisa estar de acordo com a ordem jurídica, bem como com a predominância do interesse coletivo ao individual.

⁵⁴ CZAJKOWSKI, Rainer. **Impenhorabilidade do bem de família**: Comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 184–185.

⁵⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 29 out. 2010.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 32.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

Outro princípio tradicional é o da obrigatoriedade. Esse princípio estabelece o caráter vinculante das cláusulas instituídas no contrato. Dessa forma, o contrato faz lei entre as partes. É também conhecido esse princípio pelo brocardo latino “*pacta sunt servanda*”, ou seja, “os acordos devem ser cumpridos”.

O fundamento para esse princípio está em outro princípio, qual seja o da liberdade de contratar. Portanto, a alienação ou limitação da própria vontade, quando voluntárias, criam obrigações para as partes.⁵⁸

No entanto, esse princípio é relativo, pois sofre limitações trazidas pela cláusula *rebus sic standibus* ou teoria da imprevisão. Essa teoria autoriza a revisão judicial do contrato em casos excepcionais supervenientes ao contrato, que possam resultar no enriquecimento ilícito de uma das partes e, conseqüentemente, desequilibrar o contrato. Nesses casos, a revisão por parte do Poder Judiciário buscará restaurar o equilíbrio da relação jurídica.⁵⁹

Já o princípio do consensualismo preceitua que, para a realização de um contrato, basta o acordo de vontades, não sendo exigido, portanto, formalismo. Em decorrência disso, em regra, a forma livre é o requisito formal para a celebração dos negócios jurídicos.⁶⁰

No entanto, esse princípio também é relativo, visto que a lei estabelece certas formalidades, excepcionando a regra, para dar segurança às partes contratantes.

Assim, o artigo 107 do Código Civil determina: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir.”

O princípio contratual da relatividade, por sua vez, preleciona que o contrato produz efeito apenas entre as partes, vinculando-as. Esse princípio é característico do direito das

⁵⁸ LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do Direito Contratual**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>> Acesso em: 31 out. 2010.

⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, n. 42, p. 187-195.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25-26.

obrigações, no qual estão inseridos os contratos, posto que os direitos reais, de outra forma, possuem eficácia *erga omnes*.⁶¹

Esse princípio, entretanto, também não é absoluto, visto que é relativizado pela função social dos contratos, pela qual os efeitos contratuais estendem-se além do alcance das partes.⁶²

A função social do contrato está elencada entre os princípios sociais previstos no Código Civil de 2002. Esse princípio que trouxe limites à autonomia privada quando em conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o já citado artigo 421 do Código Civil estabelece: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”.

Como afirma Roxana Borges⁶³, esse princípio marcou a superação do paradigma liberal clássico da teoria geral dos contratos. Paulo Lobo⁶⁴ ainda esclarece que esse princípio busca conformar os interesses das partes contratantes aos interesses sociais, quando estes estiverem presentes.

Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona⁶⁵ elucidam que embora a função social do contrato não possua conteúdo jurídico determinado, ela possui o efeito essencial de limitar a liberdade de contratar em benefício do interesse comum, visto que o contrato não é apenas um meio de circulação de riquezas, como também é um item que colabora para o desenvolvimento social.

⁶¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A atual teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 31 out. 2010.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, n. 42, p. 189.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51-54.

Miguel Reale⁶⁶ sintetiza a finalidade da função social do contrato como sendo uma barreira às atividades abusivas, assegurando o equilíbrio contratual para que uma das partes contratadas não adquira vantagens excessivas com relação à outra parte ou a terceiros.

Alguns doutrinadores têm o receio de que a atribuição da função social ao contrato reduza a garantia das partes que o pactuam e que acreditam que serão fielmente respeitadas as obrigações nele previstas. No entanto, Miguel Reale⁶⁷ demonstra que o *pacta sunt servanda* continua a ser princípio tradicional dos contratos, sendo que a função social exige somente que o contrato não seja elaborado em detrimento do bem comum, mas sim que esse acordo de vontades seja um instrumento para afirmação e desenvolvimento social.

Dessa forma, a celebração do contrato deve estar em conformidade com a função social, como forma de preservar tanto o equilíbrio contratual, como a justiça social e não permitir que situações de flagrante desigualdade ocorram fundamentadas na liberdade de contratar, como é o caso da penhora do único bem de família do fiador.

Outro princípio social de grande relevância é o da boa-fé, que se encontra positivado no artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A boa-fé subdivide-se em subjetiva ou objetiva, sendo esta uma regra comportamental, exigível juridicamente, enquanto aquela traduz apenas um estado de ânimo do agente, no qual ignora vícios ou impedimentos a respeito determinada situação jurídica.⁶⁸

A boa-fé objetiva, portanto, não se relaciona à subjetividade do agente. Roxana Borges enfatiza que “recorrer ao princípio da boa-fé objetiva é buscar, em certo contexto social, qual é o padrão de conduta do homem probo, correto, honesto, leal.”⁶⁹

⁶⁶ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br> Acesso em: 01 nov. 2010.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73.

Conforme esclarece Rodolfo Pamplona Filho⁷⁰, a boa-fé objetiva é interpretada de acordo com o que seria exigível do homem mediano, critério baseado no *reasonable man*, existente no sistema norte-americano.

Esse princípio visa à garantia da estabilidade e da segurança dos negócios jurídicos. Possui, portanto, natureza jurídica cogente.

Por fim, no que diz respeito aos princípios sociais, há que se falar no princípio da equidade contratual ou equivalência material.

Esse princípio, embora não esteja explícito no Código Civil como os demais, fundamenta-se no princípio da isonomia e está consagrado em diversos dispositivos.⁷¹

Por equidade contratual entende-se a equivalência de obrigações entre as partes contratantes. Dessa forma, o contrato deve manter equilíbrio anteriormente existente entre patrimônios das partes que o celebraram. Os contratantes, portanto, devem receber o equivalente àquilo que foi oferecido. Logo, é fundamental que o contrato busque a satisfação das necessidades das partes de acordo com o princípio da equivalência material.⁷²

Portanto, esse princípio não se preocupa com o cumprimento literal do contrato, da maneira como foi celebrado, mas sim com a justiça contratual, ou seja, impede que a execução das cláusulas contratuais ocasione vantagem excessiva para uma das partes em detrimento da outra.⁷³

⁶⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A atual teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 31 out. 2010.

⁷⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 29 out. 2010.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do Direito Contratual**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>>. Acesso em: 31 out. 2010.

⁷³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 01 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

3. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

É importante ressaltar que a Constituição Federal está no ápice da pirâmide que forma o ordenamento jurídico. Possui, portanto, hierarquia superior em relação a todas as outras normas não constitucionais, sistematizando-as e ordenando-as. O Direito Privado, portanto, precisa estar em sintonia com a Constituição Federal, não podendo ter princípios próprios que sejam alheios à Lei Fundamental. Dessa forma, o Direito Privado acolhe técnicas e instrumentos do Direito Público.⁷⁴

3.1. Constitucionalização do Direito Civil

Historicamente, o Direito Civil era visto por um prisma dissociado do Direito Constitucional, de sorte que não importava qual tipo de constituição política fosse adotada, seus princípios e regras não eram alterados.⁷⁵

No entanto, essa visão estática do Direito Civil mostrou-se errônea. Hoje, é explícito que o Direito Civil precisa ser interpretado conforme a constituição, devendo haver uma unidade hermenêutica entre ambos.⁷⁶

Com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, foram constitucionalizados os valores sociais juridicamente relevantes. Com a consolidação desse cenário, houve a ampliação das funções do Estado. Dessa forma, ao mesmo tempo em que continuou zelando pelos direitos de primeira geração, passou a assumir postura atuante, por meio da intervenção no campo social para a realização de ações que busquem a satisfação das

74 AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 101-102.

75 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 01 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

76 *Ibidem*.

necessidades dos indivíduos enquanto seres humanos. Essa mudança de cenário possibilitou a priorização da pessoa humana em relação ao patrimônio.⁷⁷

Nesse contexto, há que se falar na despatrimonialização ou personalização do Direito Civil, pela qual os institutos jurídicos civilistas deixariam de ter um fim em si mesmos, passando a ter a finalidade de satisfazer as necessidades da pessoa humana.

Paulo Luiz Netto Lôbo explana:

[...] sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.⁷⁸

Portanto, é cediço que o Direito Civil, em face de sua socialização, precisa estar em consonância com a ordem constitucional.

3.2. Princípios Constitucionais

A Constituição Federal de 1988, de forma a atender os anseios sociais, alterou o Direito Civil radicalmente com a introdução do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.⁷⁹

Além disso, no cenário do *Welfare State*, com a personalização das funções do Estado, todas as atuações e programas estatais, bem como normas e textos jurídicos, teriam a finalidade de alcançar o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁰

Luiz Antônio Rizzatto Nunes divide os princípios constitucionais, segundo a ordem decrescente de abstratividade, em princípios estruturantes, gerais e especiais. Os primeiros

⁷⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37-62, fev./mar. 2008.

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 01 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

⁷⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira, *op. cit.*, *loc cit.*

⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

integram a estrutura da Constituição, de forma a estabelecê-la e organizá-la. Os princípios gerais são aqueles que tornam os princípios estruturais mais próximos à realidade dos fatos, são decorrentes da natureza do direito. E, por último, os princípios especiais são aqueles que promovem a concretização dos princípios gerais.⁸¹

O princípio da dignidade da pessoa humana é de tal relevância que Leonardo Barreto Moreira Alves o classifica como um princípio estruturante, sob o argumento de que é dele que decorrem todos os outros princípios constitucionais. Ainda acrescenta que “é ele o nascedouro, a fonte geradora de todo o sistema jurídico brasileiro”.⁸²

Cristiano Chaves de Farias esclarece, ainda, que todas as normas jurídicas precisam se coadunar com o princípio da dignidade da pessoa humana. Seguindo essa linha de raciocínio, também afirma que todas as normas que não o respeitem devem ser afastadas. A lição é abaixo transcrita:

Desse modo, todas as normas jurídicas precisam se coadunar com o macro princípio da dignidade humana, impondo-se repelir, sem cerimônias ou indevidas precauções, todas as normas que não se ajustarem a ele direta ou indiretamente. Somente assim será reconhecida a verdadeira efetivação da dignidade humana como valor fundamental do sistema jurídico pátrio. (...) Mediante ele [o princípio da dignidade humana], os conflitos estabelecidos no cotidiano, do simples ao complexo, do público ao privado, ganham soluções sintonizadas com a legalidade constitucional.⁸³

Rizzato Nunes⁸⁴ ainda ressalta que esse é o princípio que deve ser considerado na atividade de interpretação dos direitos e garantias individuais.

⁸¹ NUNES, Luiz Antônio de Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

⁸² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37-62, fev./mar. 2008.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio** (de acordo com a Lei nº 11.441/07). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 26-27.

⁸⁴ NUNES, Luiz Antônio de Rizzatto., *op. cit.*, p. 45-46.

Seguindo essa linha de pensamento, fica claro que o inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90, deve ser repellido do ordenamento jurídico brasileiro, visto que privilegia os créditos em detrimento do super princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, para os doutrinadores do Direito, a penhora do bem de família do fiador também viola o princípio da isonomia, o que é agravado pela característica da acessoriedade do contrato de fiança, que não pode, por sua natureza, trazer obrigações mais gravosas que o contrato principal (no caso, a locação). Nesse sentido, consiste em ofensa ao princípio constitucional da isonomia o fato de o fiador (em regra, devedor subsidiário, conforme o artigo 827 do Código Civil) suportar a constrição aos seus bens, enquanto o devedor principal não pode sofrer a penhora de seu bem de família.⁸⁵

Situação recorrente que ilustra o desequilíbrio entre fiador e afiançado é aquela na qual o fiador pode ter seu único bem imóvel onde reside com a família penhorado para satisfazer a dívida do afiançado, e, também podem ser penhorados, até mesmo, os móveis que guarnecem esta moradia, ao passo que o afiançado, conforme estabelece a Lei 8.009/90, em seu artigo 2º, parágrafo único, possui a garantia da impenhorabilidade dos móveis quitados de sua propriedade que incorporem sua residência. Além disso, mesmo que o locatário devedor possua um bem penhorável, por vedação do Código de Processo Civil, não pode este, nem mesmo ser chamado a juízo mediante intervenção provocada (como legitimado passivo).⁸⁶

Situação mais evidente ainda da onerosidade excessiva a que é submetido o fiador frente ao verdadeiro devedor é aquela em que o primeiro, quando exerce direito de regresso contra o segundo, depara-se com o benefício da impenhorabilidade do bem de família do

⁸⁵ GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Os tribunais superiores e a penhorabilidade do bem de família quanto ao fiador locatício. **Revista da Esmese**, Sergipe, n. 10, p. 54, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22174/tribunais_superiores_penhorabilidade_bem.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 abr. 2009.

⁸⁶ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

locatário afiançado, benefício excluído pela lei ao fiador quando precisou honrar sua garantia.⁸⁷

Sobre os demais princípios constitucionais, pode-se verificar ofensa ao princípio da dignidade humana, que compreende, não apenas aqueles que integram o Estado Democrático, mas também os direitos à vida, os direitos à liberdade e à igualdade, sem desfazer-se, no entanto, dos direitos políticos e sociais.⁸⁸

Além disso, quando há conflito entre leis e Constituição, é essencial a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo tal aplicação ser fiscalizada pelo Poder Judiciário. Esses princípios estão vinculados diretamente às normas de direitos fundamentais, e a função deles parte do ponto de vista da necessidade de conferir especial proteção ao controle de constitucionalidade. Ainda que não expreso, o princípio da proporcionalidade existe como norma esparsa na Constituição, o qual, porém, pode ser verificado por meio de outros princípios constitucionais, em especial, no da isonomia e no da razoabilidade.⁸⁹

Para que seja garantida a efetividade dos princípios constitucionais, concretizando-se a justiça social, políticas públicas voltadas à concretização de tais princípios devem ser permanentemente adotadas por meio da implementação de programas políticos e jurídicos.⁹⁰

3.3. Emenda Constitucional 26/2000

Destaca-se que a Constituição Federal brasileira é classificada como rígida, e, portanto, goza de supremacia formal. Dessa forma, só há possibilidade de alterá-la por meio do poder constituinte derivado reformador, o que é feito com a finalidade de adequá-la aos

⁸⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. **Impenhorabilidade do bem de família**: Comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 182–183.

⁸⁸ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.152-201.

⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

⁹⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 118.

anseios sociais. Destarte, o processo legislativo para elaboração de uma Emenda Constitucional é o que exige maior *quórum* de votação e é resultado, conseqüentemente, de grande discussão entre os legisladores, o que dá a ela *status* de norma constitucional.

Com a Emenda Constitucional 26/2000, o direito à moradia foi inserido na Constituição Federal como direito social, indicado no seu artigo 6º. Dessa forma, o direito à moradia ganhou aspecto de direito fundamental, constituindo, portanto, o núcleo material da Lei Fundamental e adquiriu a dimensão de norma objetiva, de validade universal, conteúdo indeterminado e aberto, edificando a base do ordenamento jurídico moderno.⁹¹

Ingo Sarlet⁹² alega que a fundamentalidade é conferida a um direito quando ele é indispensável para uma vida digna, como o caso do direito à moradia.

Assim, a fundamentalidade material desse direito está pautada na sua essencialidade para o exercício da dignidade humana, posto que a fundamentalidade formal resulta da própria localização no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais - da Constituição Federal.⁹³

A Emenda Constitucional 26/2000, por seu conteúdo, trouxe diversos debates entre doutrinadores e juristas quanto à recepção do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 pela Constituição Federal.

O argumento utilizado pelos que entendem que a Constituição Federal, após a referida emenda, recepcionou o citado dispositivo legal, é de que a natureza do direito à moradia é de norma programática e, portanto, depende de regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Aludem também que o aspecto de norma programática serve apenas para guiar o Poder Público na implementação de políticas, não possuindo, dessa forma, nenhuma

⁹¹ *Ibidem*, p. 102-103.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 155.

⁹³ HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, p. 31-57, mar./abr. 2008.

eficácia. Destacam, por fim, que se o dispositivo legal em tela fosse revogado, haveria ruptura do equilíbrio do mercado imobiliário.⁹⁴

Por outro lado, os que entendem que a Constituição Federal não recepcionou o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 após o advento da Emenda Constitucional 26/2000, alegam que normas de natureza constitucional não podem ser deixadas no plano da total ineficácia.⁹⁵

No entanto, ainda que o direito à moradia tivesse aspecto de norma programática, deveria gerar efeitos. Entre esses efeitos, é necessário citar a revogação de todos os atos normativos anteriores à Constituição Federal que, de alguma forma, lesionassem o direito à moradia, incluído pela EC 26/2000, visto que este se constitui em parâmetro para interpretação, integração e subsunção das demais normas jurídicas.⁹⁶

É necessário salientar que não se trata de inconstitucionalidade, mas sim de revogação, como ressalta Pedro Lenza⁹⁷ ao alegar que as normas infraconstitucionais produzidas na vigência de Constituição anterior, se incompatíveis com as novas regras constitucionais, não serão inconstitucionais. Nesse caso, a lei anterior será revogada por falta de recepção da nova Constituição.

Paulo Luiz Netto Lôbo ratifica esse entendimento:

Ante a eficácia plena das normas e princípios constitucionais que fundamentam as relações civis, apesar de seus enunciados genéricos, é inadequada a interpretação conforme a Constituição, da legislação civil anterior com ela incompatível, porque este princípio de hermenêutica constitucional deriva da presunção de constitucionalidade da lei. Em face da orientação que prevaleceu no STF, não se trata de juízo de constitucionalidade, mas de revogação das normas infraconstitucionais anteriores, o que afasta a sobrevivência ou aproveitamento de qualquer de seus efeitos.⁹⁸

⁹⁴ GALLI, Leandro. **Direito à moradia e penhora de bem imóvel residencial de fiador de contrato de locação.** Enfim o restabelecimento do direito. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/diario/materia.php>>. Acesso em: 01 set. 2010.

⁹⁵ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia:** direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 118.

⁹⁶ *Ibidem*, p.120.

⁹⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 8. ed. São Paulo: Método, 2005. p. 65.

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul.

Seguindo esse entendimento, não há fundamentação que permita que um direito constitucional possa sucumbir ao pagamento de uma dívida, o que deixa claro que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/1990 não foi recepcionado pela Constituição após o direito à moradia adquirir *status* de direito social.⁹⁹

Outro importante efeito da norma programática seria a vinculação do legislador com o objetivo de concretizar o acesso à moradia por parte de todos os cidadãos. Isso se daria no aspecto positivo, observando-se a finalidade da norma, e no aspecto negativo, proibindo o Poder Legislativo de expedir normas que contrariem a determinação constitucional. E, não menos importante, deverá haver a proibição de retrocesso; ou seja, o legislador também se vincula no sentido de que não pode revogar normas jurídicas já existentes e que concretizem a proteção jusfundamental ao direito à moradia.¹⁰⁰

1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

⁹⁹ ABREU, Marcos Alexandre. **Da impenhorabilidade do bem de família em fiança locatícia**. Disponível em: <www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp>. Acesso: 10 maio 2010.

¹⁰⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.118-124.

4. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

4.1. Teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo

Desde o Iluminismo até meados do século XX, o Direito Civil assumia uma perspectiva patrimonialista, pela qual os bens eram considerados institutos com fim em si mesmos, desvinculados, portanto, da finalidade de garantir as necessidades do indivíduo enquanto ser humano.¹⁰¹

Destarte, como já citado anteriormente, com o fenômeno da despatrimonialização ou da personalização do Direito Civil, os institutos jurídicos passaram a ter o objetivo de tutelar a dignidade da pessoa humana, deixando a satisfação dos interesses patrimoniais em segundo plano.¹⁰²

Nesse cenário, o professor Luiz Edson Fachin¹⁰³, em sua obra “Estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, desenvolve a tese de que o ordenamento jurídico deve sempre garantir um patrimônio mínimo ao indivíduo, como forma de não privá-lo de sua dignidade. Dessa forma, o patrimônio passa a ter a função de prover a dignidade de seu titular.

Cristiano Chaves de Farias e Nélon Rosendal¹⁰⁴ ressaltam que os institutos que antes eram utilizados com a finalidade de garantir o direito ao crédito passaram a ter como objetivo essencial a proteção da pessoa humana.

Fachin explana:

A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana.

¹⁰¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37-62, fev./mar. 2008.

¹⁰² *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-12.

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nélon. **Direito Civil: teoria geral**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 316.

Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.¹⁰⁵

No entanto, é mister salientar que a teoria em tela não tem como objetivo afastar a natureza patrimonial das relações jurídicas privadas, nem tem por finalidade atacar a propriedade privada e o direito creditício. De forma contrária, a teoria busca interpretar tais relações à luz do Direito Civil-Constitucional, de forma apenas a não permitir que esses institutos se sobreponham à dignidade do indivíduo. Portanto, vale dizer que a proteção da propriedade privada e a tutela do patrimônio mínimo podem coexistir.

A teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo surge a partir da premissa da proibição da doação inoficiosa, pela qual é nula a doação universal, sem reserva do mínimo necessário à subsistência do doador.

É necessário esclarecer, ainda, que o conceito de patrimônio mínimo é relativo, porquanto só pode ser mensurado no caso concreto, já que varia conforme a realidade econômica do indivíduo. No entanto, isso não exclui a universalidade da teoria, visto que ela é aplicável a todos os indivíduos, independentemente de condições financeiras particulares.

Leonardo Alves¹⁰⁶ tece uma crítica em relação a essa teoria, pelo fato dela se basear na premissa de que todos os cidadãos possuem patrimônio. Para ele, isso consiste em mera ficção jurídica.

No entanto, é pacífico na doutrina que todos os cidadãos possuem um patrimônio, mesmo que ele seja ínfimo ou negativo. Dessa forma, esse conceito engloba todas as relações jurídicas consideráveis economicamente.

¹⁰⁵ FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20.

¹⁰⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37-62, fev./mar. 2008.

Nesse sentido, Fachin¹⁰⁷ esclarece que o fato de que há indivíduos que não possuem patrimônio não justifica a desconsideração da dignidade humana dos que o possuem e, portanto, é necessária a garantia de um patrimônio mínimo.

Eliane Maria Barreiros Aina elucida que “além de garantir acesso à casa própria, o legislador deve procurar resguardar o direito de quem já possui a sua moradia”.¹⁰⁸

Leonardo Alves¹⁰⁹, para solucionar a questão, busca a teoria do umbral de acesso ao Direito Civil, de autoria do argentino Ricardo Luís Lorenzetti, na obra “Fundamentos do Direito Privado”, como complemento à teoria de Fachin.

Na teoria do umbral de acesso ao Direito Civil, este é comparado a um hotel de luxo, ao qual qualquer pessoa teria acesso, mas frequentado somente pelos que têm condições de pagar pela hospedagem.¹¹⁰

Ou seja, não basta que o Direito Civil crie institutos que protejam a dignidade da pessoa humana, é necessário, também, que ele proporcione o acesso a tais institutos.

Desse modo, fica evidente a necessidade da aplicação da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo ao inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, e, preferencialmente, garantir o acesso de todos a tal instituto, de forma diversa do que ocorre nos dias atuais, tendo em vista que o inciso em tela privilegia o direito ao crédito, em detrimento da dignidade humana do fiador e de sua família.

4.2. Dissenso jurisprudencial

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que tange às alterações realizadas na Lei nº

¹⁰⁷ FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290.

¹⁰⁸ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 118.

¹⁰⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37- 62, fev./mar. 2008.

¹¹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

8.009/90, com relação à penhora sobre o bem de família do fiador, ainda há dissenso intelectual *interna corporis*.

Para os que defendem essa penhora, o argumento, em geral, é de que o fiador, ao prestar a garantia fidejussória, que consiste em contrato unilateral e gratuito, produz obrigações unicamente para ele mesmo, assumindo responsabilidade solidária e, portanto, submete-se aos riscos inerentes à fiança, podendo ver o seu bem de família constrito.

É necessário ressaltar que a penhorabilidade do bem de família do fiador restringe-se às execuções provenientes de dívidas de contrato de locação, que deve ser compreendido, necessariamente, como sendo de imóveis. Com relação a outras dívidas que não sejam decorrentes desse contrato, ainda que haja envolvimento das mesmas partes, mantém-se a regra da impenhorabilidade.¹¹¹

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal não possui posicionamento pacífico a respeito do tema.

Em sede de Recurso Extraordinário, o Relator Ministro Carlos Velloso¹¹² decidiu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador. Argumenta, para tanto, que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90 para os bens de família justifica-se por ser o direito social à moradia um direito fundamental de segunda geração reconhecido pela EC 26/2000. Assim, consiste em contradição a ressalva trazida pela Lei 8.245/91, que excepcionou a proteção ao bem de família do fiador, visto que abordou de formas desiguais situações iguais, o que fere o princípio da isonomia. Alega ainda desrespeito à máxima *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositis*; ou seja, “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”. Portanto, conclui que o dispositivo em tela não foi recepcionado pela EC 26/2000.

¹¹¹ CZAJKOWSKI, Rainer. **Impenhorabilidade do bem de família**: Comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 182–183.

¹¹² STF, Segunda Turma, **RE 352.940/SP**, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

Já em 2006, esse antagonismo de idéias fica explícito no Recurso Extraordinário de relatoria do Ministro Cezar Peluso¹¹³ que, por maioria de votos, admitiu a penhora do bem de família do fiador, sob o argumento de que o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade e que, portanto, a expropriação do imóvel pertencente ao fiador não contraria a EC 26/2000. Além disso, traz o direito à moradia como próprio fundamento para essa penhora, alegando que o artigo 82 da Lei 8.245/91 impede que sejam exigidas garantias mais custosas para a realização dos contratos de locação, o que acaba por facilitar o acesso à moradia resultante do aluguel. Por fim, afirma que o princípio da isonomia não deve ser invocado, em face da diversidade de situações. Para tanto, traz ensinamento de José Eduardo Faria, que trata os direitos sociais como direitos das preferências e das desigualdades.

O Ministro Joaquim Barbosa¹¹⁴ também se mostra favorável à penhorabilidade do bem de família do fiador. Dessa forma, ele trata a decisão de prestar fiança como direito à livre contratação por parte do fiador. Ao exercer esse direito, o fiador coloca em risco a incolumidade de um direito social que lhe é assegurado pela Constituição Federal, qual seja, o direito à moradia.

Em sentido contrário, o Ministro Eros Grau¹¹⁵ argumenta que a impenhorabilidade do imóvel residencial tem o objetivo de prover as necessidades materiais, destacando-se a própria subsistência do indivíduo, o que garante a dignidade da pessoa humana. Acrescenta, também, que os textos da Constituição Federal têm eficácia normativa vinculante. Conclui seu voto dizendo que o argumento de que a impenhorabilidade do bem de família do fiador possa causar impacto no mercado das locações imobiliárias não deve prosperar, visto que afasta preceitos constitucionais como o direito à moradia e o princípio da isonomia. Afirma que haverão políticas públicas adequadas à fluência do referido mercado sem afetar o direito

113 STF, Tribunal Pleno, **RE 407.688/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/02/2006. DJ 06/10/2006.

114 *Ibidem*.

115 *Ibidem*.

social e a garantia constitucional referidos. A esse entendimento, o Ministro Carlos Britto acrescenta que quando a Constituição Federal trata a moradia como uma “necessidade vital básica do trabalhador e de sua família”, esta se torna indisponível.

Em outro caso, mas seguindo a mesma linha de raciocínio, o Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves¹¹⁶, enquanto relator de uma Apelação Cível no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, proferiu voto favorável à impenhorabilidade do bem de família do fiador, mudando seu posicionamento anterior a respeito do tema em tela, sob o argumento de que a interpretação literal da lei em questão não se apresenta a mais adequada e compatível com o sistema jurídico vigente. Para tanto, também baseia-se na EC 26/2000, destacando seu efeito, enquanto norma constitucional, de revogar legislação infraconstitucional anterior naquilo que se mostre incompatível. Acrescenta que além de ferir o direito à moradia introduzido por essa emenda, também contraria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, presente em seu artigo 1º, inciso III. Outro argumento em que se baseia o relator é a manifesta ofensa ao princípio da proporcionalidade, visto que, ao tratar de forma não isonômica locatário e fiador, já que este não tem o direito de opor exceção à penhorabilidade de seu bem de família, enquanto aquele possui tal direito, fere os ideais de justiça e proporcionalidade. Ressalta ainda que as obrigações do fiador e do afiançado possuem a mesma base jurídica, qual seja, o contrato de locação que, geralmente, são verdadeiros contratos de adesão. Sob esses argumentos, o acórdão foi unânime em dar provimento à apelação cível em apreço.

O Recurso Especial 864.962/RS, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques¹¹⁷, embora retrate um caso distinto dos demais, merece destaque. Por meio desse

¹¹⁶ TJDF, Primeira Turma Cível, **APC 2006.01.1.048787-0**, Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves, julgado em 20/06/2007, DJ 29/06/2007.

¹¹⁷ STJ, Segunda Turma, **RESP 864.962/RS**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 04/02/2010, DJ 18/02/2010.

julgado, o Ministro do STJ, em seu voto, sintetiza que mesmo que o próprio devedor indique um bem à penhora, não há que se falar em renúncia ao benefício da impenhorabilidade absoluta presente no artigo 649 do Código de Processo Civil. Isso porque o referido artigo é norma de ordem cogente, que tem por objeto a impenhorabilidade do estritamente necessário à sobrevivência do devedor e de sua família. Dessa maneira, o artigo defende direitos fundamentais da pessoa humana, protegendo, para tanto, o direito à vida, ao trabalho, à sobrevivência, à proteção da família. Assim, o relator reconhece a nulidade absoluta da penhora até mesmo nos casos que o próprio devedor tenha indicado o bem, se sobre este incidir a impenhorabilidade absoluta. Ao fundamentar sua decisão, o relator traz oportuno escólio de Arakem de Assis, que aponta a característica essencial da impenhorabilidade absoluta, qual seja o caráter universal e irrestrito. Conclui o doutrinador, portanto, que o dispositivo 649 do Código de Processo Civil não admite exceções.

Ao se aplicar esse mesmo raciocínio ao caso em tela, a conclusão seria a de que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser excepcionada e, portanto o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 possuiria nulidade absoluta.

4.3. Análise sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador

Conforme exposto, a Lei 8.009/90 surgiu para assegurar a proteção ao bem de família, tratando, para tanto, de sua impenhorabilidade. Todavia, seu artigo 3º, inciso VII (acrescentado pelo artigo 82 da Lei 8.245/91) excepciona o bem de família do fiador, tornando-o penhorável.

João Hora Neto¹¹⁸ explica que a inserção do artigo 3º, inciso VII foi motivada no fato de que, com o advento da Lei 8.009/90, que constituía a impenhorabilidade do bem de família, houve retração no mercado imobiliário. Como o bem de família do fiador estava sob

¹¹⁸ HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./mar. 2007.

a égide da impenhorabilidade, as imobiliárias passaram a exigir fiadores que possuíssem mais de um imóvel residencial. Isso gerou grande dificuldade para que as locações se concretizassem e, para tanto, o legislador afastou a impenhorabilidade do bem de família do fiador.

O Ministro Sepúlveda Pertence ilustra esse raciocínio ao defender que “viabilizar a locação residencial é modalidade de concretização desse direito fundamental à moradia”.¹¹⁹

No entanto, é importante ressaltar que essa medida é apenas paliativa, não resolvendo a real dificuldade da moradia. De forma contrária, causa um maior problema estrutural na sociedade, visto que causa flagrante desequilíbrio entre fiador e afiançado, o que fere inúmeros princípios constitucionais.

Como explana Luiz Edson Fachin¹²⁰ em sua obra “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, o ordenamento jurídico deve sempre garantir o mínimo essencial para a sobrevivência do indivíduo, de forma que ele não seja privado de sua dignidade humana.

Eliane Aina¹²¹ ainda ressalta, conforme já mencionado, que o legislador não tem apenas a função de garantir o acesso à moradia, mas ele deve, principalmente, proteger o direito de quem já a possui.

Fachin ratifica esse raciocínio:

A ausência de patrimônio não permite, nem de longe, inferir a invalidade dos postulados aqui sustentados em favor da pessoa. A falta de objeto patrimonial não pode (nem deve jamais) acarretar o não comparecimento da pessoa ao estatuto de sujeito.¹²²

¹¹⁹ STF, Tribunal Pleno, **RE 407.688/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/02/2006. DJ 06/10/2006.

¹²⁰ FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-12.

¹²¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 118.

¹²² FACHIN, Luiz Édson., *op. cit.*, p. 290.

O flagrante desequilíbrio fica claro quando o fiador, para satisfazer a dívida do locatário, pode ter seu bem de família penhorado, bem como os móveis que o guarnecem, ao passo que o locatário, verdadeiro devedor, possui o benefício da impenhorabilidade de seu bem de família e, até mesmo, dos itens quitados que estiverem na residência. Dessa forma, mesmo que o fiador entre com direito de regresso contra o afiançado, este será beneficiado pela impenhorabilidade de seu imóvel.¹²³

Portanto, o inciso VII, do artigo 3º, da Lei 8.009/90 claramente viola o princípio constitucional da isonomia, bem como da proporcionalidade e da razoabilidade.

É mister salientar que a Constituição Federal possui hierarquia superior às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Além disso, com o advento do *Welfare State*, o cenário tornou-se favorável à constitucionalização do Direito Civil. Dessa forma, o Estado passou a intervir na sociedade com o objetivo de satisfazer as necessidades dos indivíduos enquanto seres humanos, tendo, portando, a dignidade da pessoa humana como sua finalidade precípua.¹²⁴

Esse princípio, tido como fundamento da República Federativa do Brasil, é violado pelo inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, na medida em que este privilegia o patrimônio em detrimento da pessoa humana.¹²⁵

Com o objetivo de conformar a Lei Fundamental aos desejos da sociedade, foi introduzida a Emenda Constitucional 26/2000 em seu texto, que incluiu a moradia como direito social elencado no artigo 6º da Lei Maior. Esse tema viabilizou diversos debates acerca

¹²³ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

¹²⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n. 46, p. 37- 62, fev./mar. 2008.

¹²⁵ *Ibidem*, loc. cit.

da recepção do inciso VII, artigo 3º da Lei 8.009/90 pela Constituição Federal após a inserção da emenda constitucional em tela.¹²⁶

Embora os que entendem que a Constituição recepcionou o referido dispositivo constitucional classifiquem a natureza do direito à moradia como sendo de norma programática, aludindo que deve ser regulamentada por parte do legislador infraconstitucional para que possua eficácia, esse entendimento não deve prevalecer. Deve prosperar o argumento de que as normas de natureza constitucional não podem ser deixadas no plano da ineficácia. Ainda que se trate de norma programática, deve o direito à moradia gerar efeitos como, por exemplo, a revogação dos atos normativos que lesionem o direito à moradia, visto que este é parâmetro para integração, interpretação e subsunção das demais normas jurídicas. Além disso, o legislador deve se vincular ao objetivo de concretizar o acesso à moradia por parte de todos os cidadãos.^{127 128}

Fica claro, portanto, que o inciso VII, artigo 3º da Lei 8.009/90 não foi recepcionado pela Lei Fundamental.

Além disso, alguns autores favoráveis à penhora do bem de família do fiador argumentam que este teve autonomia da vontade ao conceder garantia fidejussória. No entanto, esse princípio é limitado pela função social do contrato e, portanto, a autonomia de contratar precisa estar em consonância com a ordem jurídica e com os interesses sociais.

¹²⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.102-103.

¹²⁷ GALLI, Leandro. **Direito à moradia e penhora de bem imóvel residencial de fiador de contrato de locação.** Enfim o restabelecimento do direito. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/diario/materia.php>>. Acesso em: 01 set. 2010.

¹²⁸ AINA, Eliane Maria Barreiros., *op cit.*, p. 118.

Também se deve ressaltar que a fiança é uma obrigação acessória ao contrato principal de locação, o qual visa a garantir. Essa característica impede que as obrigações decorrentes desse pacto sejam mais gravosas que aquelas atribuídas ao contrato principal.¹²⁹

Ademais, o contrato de fiança é realizado por meio de cláusulas padronizadas, que reforçam o caráter de contrato por adesão, o que é prejudicial ao fiador, que não possui a oportunidade de discutir as cláusulas. É certo que não é dado a ninguém desconhecer a lei, no entanto, dessa forma, cláusulas excessivamente onerosas acabam sendo incutidas no texto.¹³⁰

Dessa maneira, o *pacta sunt servanda* deve ser relativizado, conforme as limitações decorrentes da teoria da imprevisão, que autoriza a revisão do contrato em casos de desequilíbrio contratual.

Ante o exposto, como consequência da proteção exagerada ao locatário pela Lei 8.245/1991, o que acabava por prejudicá-lo, visto que as dificuldades na retomada do imóvel atribuídas ao locador desestimularam a locação desses, surgiu a Lei 12.112/2009¹³¹, que assegurou inúmeras vantagens ao locador, tendo, conforme menciona José Luís Palma Bisson, introduzido “na Lei do Inquilinato uma lei do proprietário.”^{132 133}

Assim, a Lei 12.112/2009 foi projetada com o objetivo de aprimorar a Lei 8.245/1991 com relação às mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, bem como pelas regras processuais e diversas interpretações jurisprudenciais resultantes do conflito entre locador e

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 376.

¹³⁰ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

¹³¹ BRASIL. Lei nº 12.112, de 09 de dezembro de 2009. **Altera a Lei no 8.245, de 18 de outubro de 1991, para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre locação de imóvel urbano**. DOU de 10/12/2009.

¹³² BISSON, José Luís Palma. Lei nº 12.112/2009: o gato que deveria ter sido nasceu tigre. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 30, n. 108, p. 62-79, maio 2010.

¹³³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Comentários às alterações da Lei do Inquilinato**. Lei 12.112 de 09.12.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

locatário, o que provocou grande transformação no quadro econômico e social.¹³⁴

Uma importante alteração introduzida pelo diploma legal em 2009 é a possibilidade de o locador ajuizar ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis ou encargos, nos casos em que o contrato de locação esteja desprovido de garantia. Essa ação pode vir acompanhada de pedido de liminar, o que traz celeridade à desocupação do imóvel e, consequentemente, pode aumentar a oferta desses para locação e amortecer o valor do aluguel.¹³⁵

Tais alterações no diploma legal, contudo, não resolveram o problema acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador.

Portanto, embora não constitua o foco de estudo do presente trabalho, buscam-se possíveis alternativas.

Para tanto, foram elaborados projetos de lei com o objetivo de proibir a penhora do bem de família do fiador. O Projeto de Lei 987/2011 está tramitando na Câmara dos Deputados. Os demais foram arquivados.

Ingo Sarlet¹³⁶ apresentou, como possível solução para o impasse, a suspensão da execução até que o fiador obtenha outro local para morar. Embora possa se observar uma maior preocupação com o fiador, não resolveria o problema, posto que o desequilíbrio entre fiador e locatário ainda permaneceria.

Para Eliane Aina¹³⁷, outra possível solução para a garantia do crédito é dar maior incentivo ao seguro de fiança locatícia, já que ele depende apenas da possibilidade do locatário de pagar certo valor locativo, por meio do qual é dimensionado o prêmio a ser pago

¹³⁴ BISSON, José Luís Palma. Lei nº 12.112/2009: o gato que deveria ter sido nasceu tigre. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 30, n. 108, p. 62-79, maio 2010.

¹³⁵ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Comentários às alterações da Lei do Inquilinato**: Lei 12.112, de 09.12.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez. 2008.

¹³⁷ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 126.

à seguradora. João Hora Neto¹³⁸ compartilha desse ponto de vista.

Genacéia Alberton¹³⁹ estabelece possíveis saídas para esse impasse. São elas: o estabelecimento do prazo de 90 dias de aviso pelo devedor ao fiador do não cumprimento do contrato, de modo que este possa se preparar para o pagamento da fiança, podendo mesmo evitar a penhora do imóvel; explicitar os pontos gravosos no pacto acessório de fiança de modo a garantir a compreensão do fiador dos riscos envolvidos; facultar a entrada do devedor (caso este possua bens imóveis penhoráveis) no pólo passivo mediante formação de litisconsórcio passivo, de modo que o fiador somente responda por aquilo que exceder a capacidade do devedor principal.

José Fernando Coelho¹⁴⁰ traz a possibilidade de cumulação de garantias locatícias como uma forma de diminuir a oneração a que é submetido o fiador.

Há, portanto, diversas formas de estabelecer políticas públicas adequadas ao mercado das locações imobiliárias que não irão contrariar preceitos constitucionais fundamentais. A atual solução adotada pelo Poder Legislativo não deve ser mantida, visto que permite a penhora do bem de família do fiador, que é mero garante da relação principal, colocando-o em desequilíbrio frente ao afiançado.

¹³⁸ HORA NETO, João. **O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>. Acesso em: 08 out. 07.

¹³⁹ ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122-126.

¹⁴⁰ COELHO, José Fernando Lutz. **Locação**: questões atuais e polêmicas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163.

CONCLUSÃO

A presente monografia abordou diversos aspectos que permeiam a problemática da penhorabilidade do bem de família do fiador em decorrência de garantia prestada em contrato de locação imobiliária.

É necessário esclarecer, mais uma vez, que o tempo foi fator que limitou a realização de uma abordagem mais aprofundada a respeito do tema.

Ademais, por se tratar de questão muito polêmica e não ser objeto do presente estudo, não é possível apontar uma única solução que resolva o dissenso acerca da questão apresentada. No entanto, a revogação da exceção prevista no inciso VII do art. 82 da Lei no 8.245/91 é medida que se faz necessária para impedir a penhora do bem de família do fiador.

Com a constitucionalização do Direito Civil, os institutos do Direito Privado passaram a ter como objetivo a satisfação das necessidades do indivíduo enquanto ser humano. Dessa maneira, esse ramo do direito recebeu técnicas e instrumentos do Direito Público.

Portanto, o inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90 precisaria estar em consonância com a Constituição Federal, o que não ocorreu, visto que viola, entre outros, o direito à moradia, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia.

O direito à moradia faz parte do mínimo essencial à dignidade humana e, a partir da Emenda Constitucional 26/2000, foi inserido na Lei Maior enquanto direito social, o que assegurou a sua fundamentalidade.

Além disso, mesmo em se tratando o direito à moradia de norma programática, uma norma constitucional não deve ser completamente ineficaz. Necessita, de forma contrária, servir de parâmetro para interpretação das demais normas, revogando tudo aquilo que for antagônico ao seu conteúdo. Ademais, essa norma deve vincular o legislador, que deve editar leis que tenham como objetivo o acesso à moradia por parte de todos.

O princípio constitucional da isonomia também é violado em virtude do indiscutível desequilíbrio entre fiador e afiançado. Aquele pode ter seu único bem de família penhorado, da mesma forma que os bens que guarnecem essa moradia, para satisfazer a dívida do locatário. Este, por sua vez, possui a garantia da impenhorabilidade de seu bem residencial onde mora com a família, assegurada, até mesmo, na situação em que o fiador entra com direito de regresso em face do real devedor.

Mesmo que o fiador e o afiançado não se encontrem em situações idênticas, há ofensa ao princípio da isonomia, posto que o fiador, tendo assumido obrigação acessória, acaba respondendo em situação mais onerosa que a do devedor principal.

Alguns doutrinadores favoráveis à penhorabilidade do bem de família do fiador aludem que a liberdade de contratar resulta em riscos, que devem ser assumidos pelo fiador no ato da assinatura do contrato, respeitando, portanto, o princípio do *pacta sunt servanda*.

No entanto, esse princípio é relativo, devendo ser limitado tanto pelo princípio *rebus sic standibus*, que permite, em casos excepcionais, a revisão contratual decorrente do desequilíbrio superveniente, não permitindo que haja enriquecimento ilícito por nenhuma das partes, bem como pela função social do contrato, que procura conformar a autonomia de contratar à ordem jurídica e social.

Há, portanto, necessidade de estabelecer políticas públicas que não entrem em confronto com as garantias constitucionais, tampouco com o direito social à moradia inserido pela Emenda Constitucional 26/2000 e, da mesma forma, que sejam apropriadas ao mercado de locações imobiliárias.

Portanto, o Estado deve editar leis que promovam o acesso de todos os cidadãos aos institutos do Direito Civil, como o patrimônio, e conservar o patrimônio dos que o possuem,

protegendo a dignidade humana, como explana a teoria do umbral do acesso ao Direito Civil em consonância com a teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo.

Vale dizer, em arremate de lógica análise, que os aplicadores do direito, por meio da jurisprudência, devem garantir o acesso da pessoa humana ao patrimônio mínimo, o que deve prevalecer ao direito de crédito, para que não haja uma inversão nos valores fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Marcos Alexandre. **Da impenhorabilidade do bem de família em fiança locatícia**. Disponível em: <www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp>. Acesso: 10 maio 2010.

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador. In: TUCCI, José Rogério Cruz. (Org.) **A penhora e bem de família do fiador da locação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-130.

ALCANTARA, Diana. KIM, Felipe. **Fundos de investimento para garantia de locação imobiliária**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=26457>. Acesso em: 02 mar. 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 9, n.46, p.37-62, fev./mar. 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Francisco Carlos Rocha. **Comentários à Lei do Inquilinato**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BISSON, José Luís Palma. Lei nº 12.112/2009: o gato que deveria ter sido nasceu tigre. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 30, n.108, p.62-79, maio 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A atual teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 31 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. DOU de 30/03/1990.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes**. DOU de 21/10/1991.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. DOU de 11/01/2002.

_____. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. **Altera a Lei nº 8.245/1991 e dá outras providências.** DOU de 22/11/2005.

_____. Lei nº 12.112, de 09 de dezembro de 2009. **Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para aperfeiçoar as regras e procedimentos sobre locação de imóvel urbano.** DOU de 10/12/2009.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação:** questões atuais e polêmicas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CZAJKOWSKI, Rainer. **Impenhorabilidade do bem de família:** Comentários à Lei 8.009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lei de Locações de Imóveis Urbanos comentada:** Lei 8245, de 18-10-1991. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **O novo procedimento da separação e do divórcio** (de acordo com a Lei nº 11.441/07). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nélson. **Direito Civil:** teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GALLI, Leandro. **Direito à moradia e penhora de bem imóvel residencial de fiador de contrato de locação.** Enfim o restabelecimento do direito. Disponível em: <<http://www.diariodasleis.com.br/diario/materia.php>>. Acesso em: 01 set. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2005.

GÓIS, Jean-Claude Bertrand de. Os tribunais superiores e a penhorabilidade do bem de família quanto ao fiador locatício. **Revista da Esmese**, Sergipe, n. 10, p. 51 – 64, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22174/tribunais_superiores_penhorabilidade_bem.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 abr. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Impenhorabilidade do bem de família:** Lei 8.009/90 – Desconstituição das penhoras anteriores. Porto Alegre: Síntese, 1992.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do bem de família do fiador e direito à moradia: uma leitura sistemática constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 396, p. 31-57, mar./abr. 2008.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 6, n. 29, p. 173-200, jan./mar. 2007.

_____. **O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>. Acesso em: 08 out. 07.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 01 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira do Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p.44-54, jan./mar. 2002.

_____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, n. 42, p. 187-195.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do Direito Contratual**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3759>> Acesso em: 31 out. 2010.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antônio de Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Esboçando uma teoria geral dos contratos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6726>>. Acesso em: 29 out. 2010.

PARENTE NETO, Edison. **Novas e alternativas formas de garantia locatícia**. Disponível em: <<http://www.portalemfoco.com.br/artigos.php?pag=artigo&artigoid=1056>>. Acesso em: 02 mar. 2011.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br> Acesso em: 01 nov. 2010.

SANTOS, Marcione Pereira dos. **Bem de família: voluntário e legal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 55-92, out./dez. 2008.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Comentários às alterações da lei do inquilinato: Lei 12.112, de 09.12.2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

SIMÕES, Geraldo Beire. **Fiador de plástico?** Disponível em: <http://www.mercadantesimoes.com.br/fiadordeplastico.asp>. Acesso em: 02 mar. 2011.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Da locação de imóvel urbano: direito e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STF, Segunda Turma, **RE 352.940/SP**, Rel. Min. Carlos Veloso, julgado em 25/04/2005, DJ 09/05/2005.

_____, Tribunal Pleno, **RE 407.688/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/02/2006. DJ 06/10/2006.

STJ, Quinta Turma, **RESP 205.170/SP**, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 07/12/1999, DJ 07/02/2000.

_____, Segunda Turma, **RESP 864.962/RS**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 04/02/2010, DJ 18/02/2010.

TJDFT, Primeira Turma Cível, **APC 2006.01.1.048787-0**, Desembargador Nívio Geraldo Gonçalves, julgado em 20/06/2007, DJ 29/06/2007.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem de família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Lei do Inquilinato comentada: Doutrina e prática**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.